

O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO

FLÁVIA DE ALMEIDA VIVEIROS DE CASTRO

Juíza de Direito TJ/RJ. Mestre em Sociologia Política pela PUC/RJ

“O bom juiz mal abre a voz, a justiça fala e o mau juiz é o que toda vez que fala a justiça cala”¹

1. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Na abordagem do tema desta palestra considerou-se oportuno, inicialmente, realizar uma resumida análise histórica do papel do Poder Judiciário e seu significado sócio-político. O ponto inaugural destas referências será a Revolução Francesa, a partir do qual o Poder Judiciário assume três facetas distintas, correspondentes ao tipo de Estado no qual se insere: a saber o Estado Liberal, o Estado do Bem-Estar Social e o Estado Democrático de Direito.

No período inicial, que vai da revolução de 1789 até a primeira guerra mundial, prepondera uma visão estática do princípio da separação dos poderes, conformando a organização do poder político inicialmente visto como concentrado no Executivo, acentuando o papel do poder Legislativo e neutralizando politicamente o Judiciário. No que concerne a este último, sua atuação é conformada pelo princípio da legalidade, levado às suas últimas conseqüências, o que contribui para a neutralização de suas atividades. Além disso, o mecanismo de aplicação das leis, de subsunção racional-formal, vai reforçar o caráter que se pretendia neutro da atividade jurisdicional. Os Tribunais adequam - através de tal procedimento - os fatos ao direito, sem considerar quaisquer elementos éticos, sociais ou políticos na aplicação da lei.

O Poder Judiciário caracterizou-se, neste momento, por ser essencialmente reativo, isto é, só atuava quando acionado. Não agia, portanto, como elemento influenciador da procura pela Justiça, mas reagia a esta, dirimindo os conflitos de interesse que lhe eram trazidos.

¹ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. “A Atuação do Judiciário no Cenário Sócio-Político Nacional”, in **Primeira Jornada de Estudos Judiciários**, Conselho da Justiça Federal, Brasília: CJF, 1995.

A independência do Poder Judiciário fluía, justamente, de sua estreita ligação ao texto legal. Concernia exclusivamente ao processo decisório e podia (como pode) conviver com a dependência administrativa e financeira frente aos demais poderes do Estado.

Em resumo, nesta primeira fase, como recorda o Professor Boaventura Sousa Santos² a independência dos tribunais assentava em *três dependências férreas*. Em primeiro lugar, à lei; em segundo, à vontade dos cidadãos em acioná-los e em terceiro, à dependência orçamental relativamente aos poderes Executivo e Legislativo.

A análise histórica da evolução do pensamento jurídico permite corroborar o afirmado, quanto ao papel exercido pelo Judiciário. Já em fins do século XVII, durante todo o século XVIII e em boa parte do XIX prevalecia uma concepção racionalista do direito, que refletia uma velha atitude frente à lei, com origens ainda em Aristóteles.

No início da Revolução Francesa, a concepção jurídica dominante admitia o princípio da vontade corporificado no Poder Legislativo, mas não no Judiciário. O legislador, ou seja, o representante do povo, é o único que tem vontade e iniciativas. Ele dita as regras, que o juiz aplicará, abafando o eco de suas próprias convicções.

Para garantir a ausência de qualquer subjetivismo por parte do magistrado, se exigia que suas decisões fossem fundamentadas estritamente na lei, compreendida esta como a própria razão positivada.

Embora a concepção descrita, vigente em fins do século XVIII e início do XIX, possa parecer retrógrada, para a época em que surge é inovadora, pois que no *Ancien Régime* não existiam leis gerais e o juiz decidia segundo critérios pessoais, sendo suas sentenças extremamente variáveis. Era uma justiça senhorial, vinculada à vontade dos proprietários de terra, que possuíam o poder econômico e político. Só mais tarde surgem os jurisconsultos, os homens da lei, que constroem uma jurisprudência com algum nível de generalidade.

A dogmática jurídica evolui. Kant faz a defesa do atuar matematicamente preciso do juiz. Assim como nas ciências exatas, o fundamento da correção das decisões judiciais ancora-se em noções puramente formais, institutos apriorísticos, que facilitam a consecução da Justiça.

² SANTOS, Boaventura et alii. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas - O Caso Português**. Lisboa: Ed. Afrontamento, 1996, p. 24.

O julgar se reduz a uma pura operação silogística, na qual a premissa menor - o caso concreto - submete-se à premissa maior - a lei - para se chegar à conclusão - a sentença. O magistrado estaria submetido às regras da lógica e da matemática quando exerce o seu labor, aspirando clareza, segurança e constância em suas decisões, que deveriam externar a razão legal.

A lei, em sua condição de palavra sagrada, tudo contém. O juiz deve apenas procurar na mesma a vontade do legislador (leia-se a vontade do povo).

O dogmatismo e o positivismo jurídicos, de cunho intelectualista, vão dominar o pensamento europeu em quase todo o século XIX. Concomitantemente, se verifica uma crescente desconexão entre os níveis social e jurídico da sociedade. A pureza e certeza dos conceitos não se coadunam com a existência de elementos imprevisíveis e anárquicos impostos pela vida. A lei acaba por perder seus pontos de referência com a vontade popular, passando a constituir-se em um produto elaborado por entendidos.

A este quadro no qual se insere o Poder Judiciário corresponde uma visão ideal de magistrado. O juiz deste momento era o especialista em Direito, um verdadeiro oráculo das leis, um juiz árbitro de conflitos individualizados, como o define a Professora Carmem Lúcia Antunes Rocha³.

Numa segunda etapa, cujo início ocorre após o período das guerras mundiais, há o colapso da teoria da separação dos poderes tal como até então era percebida, passando-se a dar ênfase ao papel exercido pelo Executivo.

Este é o período do Estado-Providência, o qual se caracteriza por um forte componente promocional do bem-estar social. A consagração constitucional dos chamados direitos de segunda geração (trabalho, saúde, educação e previdência) significa, entre outras coisas, a juridificação de fenômenos de natureza sócio-econômica e a consagração de uma justiça distributiva.

Abrem-se novos campos de litigação, nos domínios laboral, civil, administrativo, de segurança social, o que redundará em um aumento da demanda pelos tribunais. Para fazer frente a este maior fluxo de cidadãos que individual e coletivamente vão bater às portas da Justiça, serão idealizadas reformas em prol do reapetrechamento dos tribunais, modernização da

³ Rocha, Carmem Lucia Antunes. "A Atuação do Judiciário no Cenário Político Nacional" in **1ª Jornada de Estudos Judiciários**, Ed.CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal,, Brasília, 1996, p.63/72.

máquina judicial, simplificação dos processos e procedimentos, bem como a criação de mecanismos alternativos de resolução de litígios.

A maior procura pelo Poder Judiciário propiciou a este um aumento de visibilidade social e política. Os tribunais tiveram, então, que se confrontar com sua quota-parte na questão da *responsabilidade política*, em dar sustentação às promoções sócio-econômicas apoiadas pelo Estado. Com isto, ao invés da antiga simbiose entre independência e neutralidade do Poder Judiciário, surge uma tensão entre estas duas instâncias, que os tribunais terão que enfrentar.

O dilema apontado pode ser resumido ao seguinte contexto: se continuasse em uma atitude neutra, preservando-se no mesmo padrão de desempenho reativo, o Judiciário manteria incontestemente sua independência, mas corria o risco de se tornar socialmente amorfo e de ser percebido pela sociedade como dependente, de fato, do Executivo e do Legislativo. Por outro lado, se aceitasse sua quota-parte de responsabilidade política na promoção da Justiça Social, nomeadamente através de uma vinculação mais estreita do direito ordinário com a Constituição, ou seja, pela constitucionalização do direito comum, correria o risco de entrar em atrito com os outros poderes e, por via de consequência, sofrer pressões em prol de um controle externo sobre suas atividades.

Quando e onde o poder Judiciário optou por uma atitude não neutra ante os fenômenos sócio-econômicos, verificaram-se situações típicas: os tribunais assumiram posições pró-ativas em matéria de acesso ao direito, especialmente na questão da legitimidade processual para a tutela de interesses difusos e coletivos. Além disso, eles vão intervir, quando instados a tal, por meio de ações próprias, suprimindo a falta de regulamentação das leis ou pressionando para que esta fosse efetivada.

A atenção privilegiada que os magistrados passaram a dar aos efeitos extrajudiciais das decisões, em detrimento da correção lógico-formal das mesmas, contribuiu, ainda, para dar maior destaque social ao Poder Judiciário.

No século XX forma-se nova corrente de pensamento, onde despontam Holmes, Pound, Cardozo, Frank e Levy, os quais constróem novos critérios a serem utilizados pelos magistrados, para resolver com equidade e não apenas com a fria aplicação dos textos da lei os casos concretos que lhes são submetidos.

O bem estar social e o ideal de justiça das decisões serão as metas a alcançar. Nenhuma decisão judicial que se afaste de tais objetivos poderá justificar sua existência, por mais lógica que possa ser.

A experiência da segunda guerra mundial e, mais concretamente, as atrocidades dos regimes nacional-socialista e stalinista levaram a uma mudança de perspectiva na dogmática jurídica. A validade da norma promulgada com todos os requisitos formais preenchidos é confrontada com os princípios de Justiça e dos direitos fundamentais do homem.

A criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem são expressões inequívocas desta vontade de encontrar um denominador comum entre o ético e o jurídico.

Pode-se afirmar que o sentimento humanista que vigorará depois de 1945 para a interpretação das leis e a prevalência dos valores implícitos à Declaração dos Direitos do Homem serão os novos focos de orientação das decisões judiciais.

Frente a uma razão pura, distanciada da vida e que - na aplicação do direito - abusa da coação e do princípio da autoridade da lei - se impõe uma nova lógica jurídica flexível, ajustada à realidade social.

Uma terceira e última fase teve início com a crise do Estado-Providência, perdurando até hoje. Para um novo contexto sócio-econômico permanece a sobrejuridificação da realidade social, agravada pela desregulamentação da economia, que ocorre por via de uma re-regulação, ou seja, de uma nova produção legislativa desregulamentando o que estava regrado.

Além deste fator, a globalização da economia contribui para gerar um caos normativo, criando novas regulações tanto a nível nacional, quanto internacional.

Crise do Estado, aumento da litigiosidade; em consequência agrava-se a tendência para um maior controle sobre os tribunais, especialmente em termos de produção quantitativa. Cobranças de rapidez, eficácia e qualidade são recorrentes, sem que os que verberam contra o Poder Judiciário assumam suas próprias responsabilidades, especialmente em proporcionar aos tribunais as mínimas condições materiais de eficiência.

Nesta fase surgem novas áreas de litigação referentes aos chamados direitos de terceira geração, em especial o do meio-ambiente e o das relações de consumo.

Mudanças ocorrem também na área política, com a crise do sistema partidário e da própria representatividade dos membros do Legislativo. Tal situação reflete-se no âmbito judicial, através do aumento dos casos de corrupção. Trata-se de ilícito que por si só agudiza as áreas de tensão entre os poderes do Estado.

A grande criminalidade deste terceiro período está ligada à corrupção, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, ilícitos que se conexionam e que, muitas vezes, têm os mesmos protagonistas. Para combatê-la, além de capacidade técnica é necessário coragem política, vez que envolvem pessoas que possuem posição social de destaque.

A independência do Poder Judiciário e sua atuação sócio-política manifesta-se, nesta fase, no confronto com os outros poderes, tanto no combate à corrupção, como também em face de casos de desvio e abuso de poder. Se a ação incisiva dos tribunais, nesta luta, os coloca na linha de fogo de ataques demolidores do Executivo e Legislativo, há que ressaltar que suas atitudes firmes fazem com que este poder ganhe a confiança dos cidadãos.

No plano das idéias, à razão instrumental sucede uma razão comunicativa, definida por Habermas, a qual implica na capacidade de estabelecer um consenso entre as partes envolvidas em um conflito de interesses, de tal forma que resolvido o litígio, tanto aquele que teve seu direito reconhecido, como o outro a que foi negada a pretensão acatem plenamente a decisão, pois que esta, em seus íntimos, significa uma forma democrática de pacificação social.

Finalizando esta parte histórica desta apresentação percebe-se que, na virada do século, a complexidade da vida e do direito são inegáveis. As novas relações econômicas, o desenvolvimento da tecnologia informática, o crescimento do comércio internacional, as descobertas no campo da genética, a especialização nas várias áreas de conhecimento exigem do magistrado, sem dúvida, um saber técnico apurado, mas, ao mesmo tempo, ele não pode estar limitado a tecnicismos exagerados. À cega razão dedutiva, o juiz deve acrescentar sua vontade conciliadora, a sua própria retórica.

Conforme afirmado por CH.Perelman:

*“Quando o funcionamento da Justiça deixa de ser puramente formalista e busca a adesão das partes e da opinião pública, não basta afirmar que a decisão foi tomada sob a cobertura da autoridade de uma disposição legal. É necessário demonstrar que a mesma é equitativa, oportuna e socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz aumentam”*⁴

⁴ PERELMAN, Ch. “Lógica Jurídica Y La Nueva Retórica” in **El Poder Judicial en El Bicentenario de La Revolución Francesa**. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministério de La Justicia, 1990, p.172.

2. O PAPEL POLÍTICO DOS TRIBUNAIS E O CONTROLE JUDICIAL DO PODER

Dentro da temática desta apresentação é necessário destacar a função de controle do Poder Judiciário, a qual assume posição política de relevo em nossos dias. Explica-se a politização do exercício de tal função, que também é jurídica, eis que exercida dentro das lindes de um processo.

O reconhecimento da possibilidade - muitas vezes concretizada - do funcionamento patológico do poder, associado à forte presunção de constante ameaça de transgressão dos limites a si impostos pelo poder político, faz ressaltar a questão do controle judicial.

O Estado de Direito contemporâneo afirma-se - não se pode olvidar - em primeiro lugar, pela garantia dos direitos fundamentais da pessoa, como rol de referência precípua da democracia, inadaptável pelos detentores do poder político. Ao Poder Judiciário cabe velar para que tais direitos sejam não só respeitados, mas implementados.

Os tribunais controlam e censuram os atos do poder público, não permitindo que prevaleçam aqueles que são tidos por ilegais ou inconstitucionais. Acionado, o juiz interdita, condena, executa, ordena, declara o Direito. Assume a censura direta dos atos das autoridades, assegurando, efetivamente, a proteção dos direitos dos cidadãos.

Contemporaneamente, o Estado de Direito - mesmo que centrado no postulado da legalidade - torna-se um libelo à constitucionalidade, priorizando o papel da constituição na ordenação do poder político. Tal prioridade redundaria no reconhecimento do conteúdo normativo essencial dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes, do princípio da legalidade, da proteção jurídica dos cidadãos.

A lógica da supremacia da constituição, inserida nas modernas democracias, exige que a validade das leis e dos atos do Estado busquem na Carta Magna o seu fundamento. Esta mesma lógica leva a que o Parlamento perca seu papel de guardião supremo dos direitos fundamentais, em favor do Poder Judiciário, em especial dos tribunais constitucionais.

O estabelecimento desta *Judicial Supremacy* confere uma força suplementar ao poder de cognição dos juizes, principalmente quando este se apresenta sob a forma de uma competência judicial concentrada, para análise da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

O problema do constitucionalismo hoje é o da realização da constituição enquanto norma e enquanto efetividade (constituição jurídica - constituição real). O Poder Judiciário deve velar pelo respeito e concreti-

zação da Lei Maior, atento a que a liberdade política de conformação dos órgãos de soberania é normativizada e limitada pelo texto constitucional. Nas palavras de Rui Barbosa, “*quem dá às constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as registra: é a magistratura que as defende*”.

A normatividade da constituição significa a possibilidade de conformação jurídica do processo político do poder, a pertença da política à esfera constitucional. A atividade política, manifestando-se quer por atos executivos, quer legislativos, torna-se controlável pelos órgãos jurisdicionais, máxime pelos tribunais constitucionais. É neste universo relativo à defesa da constituição que se coloca com maior acuidade a questão jurídica e que também é política do controle judicial e seus limites jurídico-funcionais.

Observa-se, por um lado, o caráter aberto de vários dispositivos constitucionais - abertura consciente e querida pelo legislador constituinte - de molde a permitir o fluir de um processo político dinâmico e, por outro lado, que ao juiz é conferido um espaço de criatividade conformadora na seleção de valores constitucionalmente plasmados, quando da solução de um litígio.

Esta tarefa que cabe ao Judiciário, de garantir a integridade do texto constitucional, pode ser mais ou menos intensa, de acordo com o grau de abertura ou densidade dos dispositivos da Lei Maior.

Em certos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no alemão, a competência judicial de controle dos tribunais é de tal forma ampla, que se chama de *hipertrofia da justiciabilidade*. Em outros sistemas, especialmente nos EUA, a elaboração jurisprudencial da ***Political Question Doctrine*** veio atenuar os possíveis efeitos indesejados (pelo Executivo e Legislativo ao menos) de um excessivo ativismo judicial (***Judicial Activism***), em áreas consideradas politicamente delicadas. A jurisprudência norte-americana construiu uma concepção de auto-contenção do juiz (***Judicial Self-Restraint***), em litígios com conteúdo marcadamente político.

Cumprir tecer alguns comentários sobre estas duas correntes desenvolvidas pelo direito norte-americano, que refletem duas posturas comportamentais frente à Constituição.

A indagação sobre o papel que os tribunais devem assumir frente à Lei Maior demonstra que o espectro do governo dos juizes ainda assusta o espírito dos políticos. Malgrado seja esta uma questão historicamente datada e localizada (por referência à luta contra a legislação social nos Estados Unidos da América e o controle da constitucionalidade exercido

pela Suprema Corte nas décadas de 30 e 40), a denúncia do governo dos juízes ressurgiu de tempos em tempos. Ela fala ao coração e vem imbuída de paixão. Visceral ou intuitiva, ela leva naturalmente a excessos e a mitos.

Na verdade, forçoso se faz consignar que a interpretação da constituição é mais do que um exercício de técnica, ou demonstração de erudição no campo do direito. Em algum momento, o exame da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, onde a interpretação judicial compreende sua feição mais significativa, pode assumir características próprias da elaboração da lei. Isto significa dizer que o poder de interpretar a lei é, de certa forma, o poder de fazer a lei. Assim o controle da constitucionalidade das leis, para alguns, é entendido como uma forma de legislação judicial.

Em resposta ao temor de que os juízes pudessem extrapolar em sua função interpretativa, surgiu e desenvolveu-se nos EUA uma filosofia de autocontrole da magistratura (*judicial self restraint*). Para contornar as críticas sofridas pelo Judiciário, tal corrente defendia a postura de que os juízes deveriam presumir como válidos os atos de governo e sustentar a constitucionalidade das leis em casos duvidosos.

Em outro extremo, postaram-se aqueles juízes que estavam convictos da legitimidade do pleno poder que tinham em realizar o exame da constitucionalidade das leis e atos do executivo. O atuar destes magistrados externou-se de forma ampla e agressiva, formando uma corrente conhecida como *judicial activism*, que se impôs, especialmente em referência às decisões de cunho social, num Estados Unidos ainda extremamente ligado à posição liberal não-intervencionista.

Nos EUA de hoje, aqueles que assumem uma postura favorável ao autocontrole da magistratura no desempenho da atividade judicante partem da premissa de que os magistrados, naquele país, sempre tiveram e exercitaram um grau de poder único na história.

Os magistrados, nos EUA, segundo os defensores do *judicial self-restraint*, regulam toda a vida da sociedade e do Estado, salvo os assuntos afetos às relações internacionais. Todas as decisões importantes ocorridas naquele país nos últimos 15 anos, muitas das quais efetivamente revolucionárias e que podem não ter sido aplaudidas pela maioria do povo norte-americano, foram tomadas pelos juízes.

Apenas para mencionar algumas das mais importantes, estes críticos assinalam a que regulou a prática do aborto, a relativa à questão racial nas escolas públicas e ainda a referente à regulação da venda de contraceptivos.

A questão a ser discutida, segundo os defensores do autocontrole dos magistrados, não se refere aos méritos ou deméritos das decisões particulares dos juízes sobre aspectos tão importantes da vida em sociedade, mas sim a de esclarecer como foi ocorrer, num país supostamente centrado no governo do povo, que decisões de tamanha repercussão social fossem tomadas por juízes e não pelos representantes deste povo, eleitos para tal.

Acresce ainda que em muitas ocasiões as decisões dos tribunais foram proferidas como um desafio ao Legislativo, na forma da invalidação das medidas tomadas por seus membros. Quais são, portanto, os limites de tal poder? Onde é que ele se funda? O que os juízes não podem fazer hoje em dia, perguntam-se os defensores do *judicial self restraint*?

Segundo os adeptos da corrente do autocontrole, o poder dos juízes funda-se em um mito: na vitoriosa idéia que foi inculcada em corações e mentes mais crédulas. Tal mito expressa a crença de que os juízes, ao atuarem, estão agindo conforme lhes foi determinado pela Constituição. Os magistrados afirmam que as escolhas políticas que realizam não são as deles, mas daqueles que elaboraram a Carta Magna.

Nenhum juiz, seja da Suprema Corte ou de tribunal inferior, jamais ousaria afirmar que estaria autorizado a substituir os pontos de vista dos políticos pelos seus, nas questões que lhe são trazidas a exame. O que é sempre dito é que a escolha legislativa rejeitada está eivada de inconstitucionalidade e que, portanto, é proibida por alguma dos dispositivos constitucionais. Contudo o que ocorre, para os críticos do *judicial activism*, na verdade é, em muitos casos, justo o oposto, com os juízes impondo suas opiniões pessoais sob a justificação de que o fazem em nome da constituição.

De outro lado, surgem os defensores da posição ativista, os quais afirmam que não podem simplesmente ficar de braços cruzados quando o Legislativo ou o Executivo se mostram omissos ou equivocados. Os juízes devem dar efetividade à constituição, através da interpretação. Para aqueles que apoiam esta forma de atuar dos magistrados norte-americanos, o *judicial activism* não é apenas defensável, mas indispensável para o sistema constitucional.

A Constituição está, como defendem os adeptos desta corrente *in a state of becoming*, sempre sendo atualizada para ir de encontro às exigências da sociedade. Cada geração de americanos escreve a sua própria carta constitucional, interpretando o texto deixado pelos constituintes. Não apenas

os juízes, todos os membros dos poderes do Estado interpretam e atuam a constituição. A maior parte das interpretações constitucionais é rotineira, tácita. O problema posto para aqueles que criticam a corrente do *judicial activism* diz respeito à minúscula parcela de decisões governamentais, onde os membros dos diferentes poderes dissitem com referência à interpretação constitucional que lhes deve ser dada e a questão é apresentada aos tribunais.

Em realidade cumpre recordar que o Judiciário é uma instituição envolvida com a evolução e aplicação dos princípios fundamentais da sociedade, que se encontram de forma implícita ou expressa no texto constitucional. Seu dever é definir valores e proclamar princípios. Os tribunais, representando o interesse público, sondam a consciência coletiva do povo para proclamá-la, o que não os impede de fazer tal consciência consciente.

Finalizando esta segunda parte desta apresentação deve ser ressaltado que o problema acerca da postura a ser assumida pelos tribunais não foi colocado, com exclusividade, nos Estados Unidos, mas também foi examinado a luz de sistemas jurídicos distintos, inclusive na Europa.

A força e importância atribuídas aos tribunais constitucionais alemães o são, em grande parte, pelo entendimento de que estes souberam respeitar, em regra, o primado político do legislador e não se arrogaram em senhores da Constituição.

Só vencendo muitas resistências logrou o Tribunal Constitucional Federal Alemão chegar à posição de destaque que hoje ocupa. O fato de tê-lo conseguido, segundo o Prof. Otto Bachof⁵, deveu-se à capacidade de autocontensão do mesmo. No dizer do professor citado os juízes detêm a capacidade de dizer o que a constituição é, mas ao a interpretarem permanecem conscientes que são seus servidores e não seus senhores, que são chamados a desenvolver seu sentido, não a modificá-lo.

Na Espanha, igualmente, também surgem reflexões sobre a importância da função interpretativa, em especial do Tribunal Constitucional, sobretudo na hipótese, não inverossímil, de uma força política majoritária nesta corte, disposta a realizar um programa de atuação revolucionário, praticar uma espécie de acelerada interpretação evolutiva da constituição, com o fim de fazer um uso alternativo da mesma. Uma interpretação que

⁵ Bachof. "O Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais Entre o Direito e a Política", **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, vol. LXV, 1980, p.12.

seja o contraponto daquela que, em dado momento, inspira a *práxis* político-constitucional daqueles que estejam no poder.

Pergunta-se, neste contexto, se o juiz pode atuar de forma discricionária, ao interpretar a constituição. Em primeiro lugar, verifica-se que a interpretação constitucional realiza uma função política, baseada em valorações políticas, que respondem a questionamentos também políticos, nascidos da ambigüidade das disposições constitucionais.

Para aclarar a indeterminação que caracteriza muitos dos dispositivos constitucionais, o intérprete terá que, em alguns casos, *reescrever* a norma para poder aplicá-la. Assim, afirmam os doutrinadores espanhóis, que há campo para o exercício da discricionariedade pelo intérprete da Constituição, sob um tríptico fundamento: a) a elasticidade das disposições interpretadas; b) os fins que a hermenêutica constitucional pretende; c) a situação do objeto da interpretação colocado no escalão mais alto da pirâmide normativa.

Logicamente se discricionariedade há, ela não é ilimitada, primeiro porque os resultados da interpretação constitucional não devem perder seu essencial traço jurídico, segundo porque a própria subjetividade da interpretação não poderá, de forma alguma, implicar em arbitrariedade.

Para afastar o perigo destes extremos, podem ser adotados métodos específicos. O mais conhecido deles é o da redução do objeto interpretando: as chamadas *political questions*, que estariam fora do poder de apreciação dos magistrados.

De qualquer maneira, seja qual for a postura adotada, o controle da constitucionalidade é e permanecerá sempre como uma função essencialmente jurisdicional. O fato de que - no exercício desse controle - as decisões judiciais acabem por ter um notável alcance político não invalida o afirmado.

3. O NOVO PAPEL DO MAGISTRADO

Por fim, resta deixar consignadas algumas palavras sobre o novo papel político-social dos magistrados, no mundo atual.

Realizar a vontade geral e abstrata da lei na resolução da lide resumiu, tradicionalmente, a função do juiz. Para este, julgar era dar ao conflito a solução firmada na lei.

Atualmente, tal concepção restritiva da atuação e dos poderes do magistrado não mais corresponde ao papel que este deve assumir nas modernas democracias.

A chamada crise da magistratura, crise do Judiciário representa muito menos um questionamento sobre a instituição e muito mais uma transformação da concepção tradicional da função de julgar, tal como herdada dos tempos da Revolução Francesa.

O juiz não é nem um autômato, nem um mero aplicador das leis. Ele firma o conteúdo da norma que o legislador - muitas vezes deliberadamente - se absteve de precisar.

Este papel criativo e fecundo que o magistrado assume é particularmente importante no âmbito dos chamados conceitos indeterminados, que terão seus significados resgatados pelo juiz, inspirando-se este, muito constantemente, em considerações de ordem extrajurídica como os usos e costumes e os dados sociológicos e econômicos que circunscrevem a realidade expressa no processo.

O crescimento da utilização de conceitos indeterminados nos textos legais confere aos juízes um maior poder no aplicar as leis, na solução dos litígios, como também ocorre sempre que os magistrados devam integrar as lacunas normativas.

A patologia de uma normatividade oscilante entre a inflação legislativa em determinados setores e a inatividade em outros, aumenta - por via transversa - o poder do juiz.

As várias formas de inatividade do legislador representam uma das principais causas do alargamento da ação do Poder Judiciário - a ***supplenza giudiziaria*** -, referida pelo direito italiano. Acresce que, como já assinalado, certas técnicas legislativas privilegiam disposições elásticas, flexíveis e esfumadas em seu conteúdo, as quais acabam por delegar ao juiz opções, que o legislador não pode ou não quer operar. Desta forma, o processo tende a se tornar um espaço importante de justiça distributiva.

A lei cessa de ser para o juiz a diretiva que ele se limita a seguir, sem qualquer possibilidade de adaptação. Ela não o constrange mais, eis que diante das normas pode o magistrado eleger aquela que considere mais adequada para a defesa dos interesses que julgar devam prevalecer e entre as interpretações possíveis se utiliza daquela que melhor compõe o caso concreto.

O esquema redutor da atividade jurisdicional está largamente ultrapassado. O sonho revolucionário de 1789, de equivaler a razão jurídica à matemática, esfumou-se. Denunciando os efeitos limitadores do formalismo positivista, a doutrina jurídica de fins do século XIX e século XX sublinha

a necessidade de abertura do Poder Judiciário para a realidade social. Esta abertura, segundo palavras do Prof. Jacques Lenoble⁶, atingirá, em seu avanço cético ou realista, a meta da coincidência entre a definição do direito e a decisão do juiz.

Ninguém mais coloca em dúvida, na atualidade, que os juízes dispõem de um real poder criador e, de outra parte, que o trabalho do magistrado não é constrangido por um conceitualismo e um literalismo rígidos, nem por um funcionalismo teleológico ou sociológico, como pretendiam os defensores da Escola do Direito Livre, da primeira metade do século XX.

A função jurisdicional se posiciona de forma equidistante, entre o puro positivismo e o simples subjetivismo, percebendo a regra de direito como um ponto de partida, a permitir sua adaptação - ao ser contextualizada e aplicada - à realidade social.

Tanto a concepção mecanicista da operação de julgar, quanto sua total negação, que coloca o juiz em posição indefinida, completamente subjetiva frente ao Direito e à sua aplicação, serão abandonadas. Elas constituem deformações da atividade judicante. Esta deve ter a lei como moldura, mas a aplicação da norma deve levar em consideração os apelos do ambiente social, constantemente em mutação.

Ao juiz cabe dar um conteúdo concreto aos vetores normativos, quando da solução dos conflitos de interesse. A norma não tem mais um só e objetivo sentido, aprioristicamente redutível ao seu texto. Cabe ao magistrado atualizar e contextualizar permanentemente este sentido.

De oráculo, que permitia que a lei falasse por sua boca, o juiz passa a intérprete da norma, depositário da tarefa de clarificar a relativa indeterminação do sentido da lei e do dever de aplicá-la conforme um ideal de Justiça.

Caberá ao magistrado não apenas a função de dizer o direito, mas o dever de reconstruí-lo na análise do caso concreto, determinando seu sentido. Entre os fatos e a norma não mais prevalece uma relação de subsunção, mas outra de diálogo construtivo.

O juiz contemporâneo é um agente transformador do direito, porque o ideal de Justiça concreta sofre modificações, de acordo com a conjuntura histórica, social e econômica e ele tem que procurar dar conta de tais alterações. Não basta portanto, como afirma a Professora Carmem Lúcia

⁶ LENOBLE, Jacques. **La Crise du Juge**, Bruxelas: Story Scientia, 1990, p.141.

Antunes Rocha⁷, que ele seja um grande conhecedor do direito: é preciso que ele participe ativamente da sociedade em transformação, na qual exerce seu papel político. Deve ser integrador das leis e não escravo destas. Está comprometido com a justiça material e não com a lei formal. Sua ligação maior é com a Justiça: não é por acaso que esta casa se chama Tribunal de Justiça e não Tribunal de Leis.

No desempenho de sua tarefa o juiz deve estar atento à sociedade, deve auscultá-la sem, contudo, se submeter a ela. Não se admite um juiz subserviente quer aos que estão em posição hierárquica superior a ele, quer aos representantes de outros poderes, quer aos meios de comunicação de massa e quer aos cidadãos, poderosos ou não.

Deve estar no meio social, senti-lo (sentença tem sua origem etimológica ligada ao verbo sentir), mas manter sua independência. O mito da neutralidade já referido deve ser afastado, pois que ninguém é neutro, todos possuem sua própria visão cósmica, suas convicções, suas crenças e ideologias e com este cabedal de pré-conceitos é que se examina o processo.

O magistrado deve lembrar-se que não há Justiça que paire acima dos conflitos, só há Justiça comprometida com os conflitos, quer no sentido de manutenção destes quer no sentido da transformação dos mesmos.⁸

Conforme lição de Galeno Lacerda⁹ acima da lógica formal de um processo abstrato e morto pairam as exigências da vida, a encher de sangue e calor o instrumento real de justiça e de afirmação da consciência do juiz.

O Judiciário, neste novo século, não se reduzirá a uma instituição tecnicamente bem preparada, que mecanicamente aplica as leis. Ele surgirá como o produto de uma dinâmica interação entre as várias instâncias sociais, renovada diariamente, que vivifica seus valores e ideais, em busca da consecução do Justo.

A Justiça, que passa a ser vista como um serviço público criado para o cidadão, não pode ser distante, refugiada em tecnicismos e formalismos estéreis, apenas intelegíveis a iniciados. Deve, ao contrário, ser próxima, transparente, compreensível e democrática. Mas não só. É preciso que faça parte do cotidiano dos cidadãos, que estes a percebam e a seus agentes, os magistrados, como garantes do cumprimento das leis e da constituição,

⁷ Rocha Carmem Lucua, *In* Obra. Citada, p. 64.

⁸ Aguiar, Roberto, **O que é Justiça**, Ed. Alfa Ômega, p. 116.

⁹ Lacerda, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, p. 86.

autênticos mantenedores e construtores do processo evolutivo da história e da civilização.

O mais relevante papel social e político do magistrado está na sua independência frente ao processo. Deve velar pelas liberdades públicas, pelo respeito aos direitos humanos, pela preservação das instituições democráticas, pelos valores da ética, dignidade, justiça social, em observância aos preceitos constitucionais dos quais é guardião. ◆